

A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana

Claudia de Oliveira Fonseca¹

Resumo: A Constituição Federal de 1988 elevou ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. Com esse propósito, o texto constitucional trouxe um rol de direitos fundamentais que visam assegurar uma existência digna ao cidadão. Apesar da previsão constitucional, tem-se percebido que o poder público não tem cumprido com esse mandamento constitucional, o que tem levado o cidadão à busca pela proteção jurisdicional, a fim de que o Poder Judiciário possa determinar a concretização desses direitos. Mas essa atuação do Judiciário não tem sido aceita de forma pacífica pela doutrina, pois alguns doutrinadores entendem que essa atuação positiva do órgão jurisdicional estaria lesionando o princípio da separação de poderes. O presente trabalho tem por objetivo verificar como a concretização dos direitos fundamentais sociais tem sido tratada pela doutrina e pelo Judiciário brasileiro, especificamente no que diz respeito à sua não efetivação pelo poder público, face à alegação de escassez de recursos públicos. Para atingir o objetivo geral da investigação, utilizou-se revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, a fim de verificar os diversos posicionamentos dos doutrinadores sobre a garantia desse mínimo existencial, em contraposição às alegações atinentes à reserva do possível, apresentadas pelo poder público.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Reserva do possível. Ativismo judicial.

¹ Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Professora Auxiliar. Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: claudiauesb@gmail.com

Abstract: The Federal Constitution of 1988 raised the level of the foundation of the Federative Republic of Brazil, the principle of human dignity. For this purpose, the Constitution brought a list of fundamental rights which aim to ensure a dignified life to citizens. Despite the constitutional provision, it has been noticed that the government has not complied with this constitutional law, which has led the public to search for court protection in order that the judiciary can determine the realization of these rights. But this role of the judiciary has not been accepted peacefully by the doctrine, as some scholars believe that this positive role of the court would be injuring the principle of separation of powers. The present article aims to verify how the realization of fundamental social rights has been addressed by the doctrine and the Brazilian judiciary, specifically with regard to its nonfulfillment by the government, given the claim of lack of public resources. If the Constitution assigns to the State the duty to ensure a dignified life, is also its role to ensure the minimum required in order to achieve this ideal of human dignity. To achieve the overall objective of the investigation, we used literature review and research case law in order to verify the positions of various scholars on ensuring that minimum existential as opposed to allegations concerning the recently possible, presented by the Government.

Key-words: Human dignity. Fundamental rights. minimum necessary to existence. Reserve of the possible. Judicial activism.

Introdução

O atual texto constitucional traz um rol de direitos sociais que objetivam garantir uma existência digna ao cidadão. Dentre esses direitos é possível citar: o direito à educação, saúde, moradia, acesso à justiça, alimentação etc. Os direitos sociais² fazem parte da segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais. A doutrina moderna classifica os

² A doutrina moderna classifica os direitos fundamentais em gerações (ou dimensões) tomando por base a ordem cronológica em que tais direitos passaram a ser reconhecidos constitucionalmente. A 1ª dimensão refere-se à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, com a contenção do arbítrio estatal; trata-se dos primeiros direitos reconhecidos pelas Constituições, voltados contra a opressão do monarca absolutista. São também chamados de direitos negativos ou de defesa. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividade. Aqui, cabe ao Estado o compromisso de promover o bem-estar social, precisando agir positivamente de modo a intervir na realidade econômica e social. São também chamados de direitos prestacionais, pois reclamam do Estado uma atuação positiva. Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, dirigem-se à proteção dos direitos coletivos e difusos, como o meio ambiente, a paz, os direitos do consumidor, entre outros. São direitos cuja titularidade pertence a todo o gênero humano. Alguns autores falam de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Para Bonavides (2005) essa quarta dimensão decorre do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais e compreende o direito à informação, à democracia e ao pluralismo.

direitos fundamentais em gerações (ou dimensões), tomando por base a ordem cronológica em que tais direitos passaram a ser reconhecidos constitucionalmente.

Tais direitos visam assegurar o mínimo de bem estar ao cidadão e remete à noção de uma existência digna. Garantir a efetivação dos direitos sociais seria, portanto, o patamar básico que equivaleria os membros da sociedade no ideal de dignidade humana.

Segundo Comparato (1999), fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados à categoria jurídica concretizadora dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e pobres. Os direitos sociais exigem uma prestação positiva, isto é, exigem um “fazer” por parte do Estado. Nesse contexto, pode-se afirmar que o ente estatal tem o dever constitucional de aplicar as verbas públicas previstas na lei orçamentária para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais sociais, pois, caso não adote tal postura, o poder público estará lesionando, ou ameaçando de lesão, direitos básicos do ser humano, direitos esses que o legislador constituinte quis proteger.

Eis o propósito do presente texto: estudar a problemática referente à eficácia dos direitos sociais face à omissão administrativa, partindo do exame dos diversos posicionamentos apresentados na doutrina brasileira sobre o tema. Também pretende-se verificar como o Poder Judiciário brasileiro vem se manifestando na análise de situações fáticas que lhe são submetidas, quando o jurisdicionado reclama pela não prestação, por parte do ente estatal, dos direitos essenciais para uma existência com dignidade e o Estado utiliza argumentos atinentes à reserva do possível.

Os Direitos Fundamentais: a Caminho da Concretização da Dignidade Humana

A incorporação da dignidade humana aos princípios constitucionais representou uma tendência adotada por vários textos constitucionais do mundo inteiro no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

Afirma Barroso (2011) que a dignidade humana foi importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais: a sua inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como sua inserção em diversas constituições com referência textual à dignidade humana. Segundo o mesmo autor, esse último fator corresponde à ascensão da cultura jurídica pós-positivista que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra.

Segue essa tendência os textos constitucionais elaborados após a Segunda Grande Guerra, dentre os quais podem ser citadas as Constituições italiana, alemã, portuguesa e brasileira.

Sobre esse período, Moraes (2003, p. 114-115) ensina que:

A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: “Art. 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. Do mesmo modo a Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, estabelece, em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

A Constituição brasileira de 1988 também adota a dignidade humana como valor fundante do ordenamento jurídico, *in verbis*:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988, seguindo essa mesma tendência adotada mundialmente, inovou ao elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio constitucional. E com o advento da Constituição de 1988, o tema dignidade da pessoa humana tem sido muito debatido entre os doutrinadores brasileiros.

No entendimento de Moraes (2003, p. 114):

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano³, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes. Em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Piovesan (2000, p. 54), por sua vez, entende que:

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

E acrescenta a precitada autora:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno (p. 62).

³ De acordo com a teoria kantiana, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade; o preço representa um valor exterior, a manifestação de interesses particulares; já a dignidade, ao contrário, representa um valor interior (moral) de interesse geral. Dessa forma, a legislação elaborada pela razão prática deve levar em consideração, como finalidade suprema, a realização desse valor interior e universal: a dignidade humana. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

Fortalecendo ainda mais os entendimentos acima, é importante fazer referência ao posicionamento de Sarlet (2006, p. 60), para quem a dignidade da pessoa humana trata-se de:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana, afirma Barroso (2011, p. 276), está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral.

Nesse mesmo sentido, assevera Soares (2003, p. 405-422) que por meio da garantia dos direitos fundamentais, seus titulares são colocados efetiva e socialmente na condição de cidadãos ativos do Estado, porque direitos fundamentais e direitos do cidadão se condicionam reciprocamente. E acrescenta o mesmo autor: os direitos fundamentais, influenciando em todo o seu alcance o ordenamento jurídico, atuam legitimando, criando e mantendo consenso, garantindo a liberdade individual e limitando o poder estatal, sendo de vital importância para os processos democráticos e de concretização do Estado democrático de direito.

Os direitos sociais fazem parte, na classificação doutrinária, da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Trata-se de direitos que exigem uma prestação positiva do ente estatal, isto é, exigem um “fazer” por parte do Estado. E se o Estado não viabiliza a concretização desses direitos, ele estará lesionando ou ameaçando de lesão os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Tomando por base esse entendimento, afirmam Guerra e Emerique (2006) que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas, tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. Ainda segundo os mesmos autores, embora seja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais e com a valorização da pessoa, infelizmente observa-se a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana.

Para Sarmiento (2000) a obrigação do Estado vai além do seu dever de não praticar atos que violem a dignidade humana: o Estado tem o dever de promover esta dignidade por meio de condutas ativas, por exemplo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada ser humano em seu território. Acrescenta o mesmo autor que, na verdade, o homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

No entendimento de Silva (2009) os direitos sociais equivalem a prestações positivas a serem disponibilizadas pelo ente estatal direta ou indiretamente, que viabilizem melhores condições de vida aos mais carentes, com o objetivo de promover a igualdade. Com isso se cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, fazendo com que os direitos sociais proporcionem maiores possibilidades para o exercício efetivo da liberdade.

Assim, partindo-se desse entendimento, é possível afirmar que será por intermédio da realização dos direitos fundamentais que a dignidade humana é concretizada.

No entendimento de Barcellos⁴ (2008, p. 288), a garantia do direito fundamental à saúde e à educação constitui um primeiro momento da dignidade humana por oferecer condições iniciais para, a partir daí, o indivíduo construir a sua dignidade de forma autônoma.

⁴ Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância.

Tomando por base o que foi até aqui discutido, pode-se perceber que a dignidade humana está intrinsecamente atrelada à garantia dos direitos fundamentais. Nesse contexto, já é possível constatar que é dever do Estado assegurar ao cidadão condições para uma existência com dignidade. Esse foi o posicionamento predominante entre os autores acima citados.

A Concretização dos Direitos Fundamentais: a Necessidade de um Mínimo Existencial

Todos sabem que é dever do ente estatal a efetivação dos direitos sociais, de modo a garantir a concretização do princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Entretanto, apesar de o legislador constituinte ter elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado brasileiro, na prática o poder público tem encontrado dificuldades em cumprir esse mandamento constitucional, ensejando, assim, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, por meio de provocação do jurisdicionado, para viabilizar a concretização desses direitos. Dessa forma, o cidadão não vendo a satisfação do seu direito, tal como previsto no texto da Lei Maior, busca o Judiciário para que seja determinada a observância do texto da Constituição.

É certo que ao descumprir a imposição ditada pela Constituição Federal, o Estado assume um comportamento grave no aspecto político-jurídico, pois com tal postura ele põe em xeque a aplicação dos postulados garantidos na Carta Magna e, mais do que isso, ameaça lesionar direitos que representam o fundamento do próprio Estado Democrático. E mais grave ainda, abstendo-se de cumprir o seu dever traçado no texto constitucional, o ente público possibilita a violação aos direitos assegurados pelo legislador constituinte, por intermédio da inconstitucionalidade por omissão.

Nesse contexto, com fundamento na própria Lei Maior e como instrumento para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina faz referência à necessidade de garantia de um mínimo

existencial, composto por parcelas indispensáveis para que o cidadão possa viver com dignidade.

Para Torres (2009, p. 70) o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional imediatamente exigível. Para ele “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Afirmo o autor que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo (p. 70).

Também na mesma linha, o posicionamento de Silva (1998, p. 93), que afirma “não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”.

Compartilham também desse mesmo entendimento Guerra e Emerique (2006), quando afirmam que é dever do Estado garantir um mínimo existencial ao seu cidadão; senão, vejamos excerto do texto, verbis:

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito.

Barcellos (2008, p. 309-310) apresenta uma proposta de mínimo existencial composta por quatro elementos, dos quais três têm caráter material e um tem caráter instrumental: ensino fundamental gratuito, prestações de saúde preventiva e assistência aos desamparados. O acesso à justiça, elemento de caráter instrumental, segundo a autora, possibilita a realização desses três elementos de caráter material. Sem essas prestações, o princípio da dignidade da pessoa humana se considera violado. Importante ainda lembrar que ao tratar de saúde básica, a autora entende que o direito à saúde é composto, unicamente, por aquelas prestações que estejam disponíveis pela rede pública, a saber:

É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, e.g., o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional (BARCELLOS, 2008, p. 309-310).

Apesar de divergências dos autores em afirmar quais parcelas compõem esse mínimo necessário à vida digna, não se tem dúvida que o Estado tem o dever de assegurar tais prestações e, dessa forma, concretizar o princípio da dignidade de forma mais ampla possível.

Os Direitos Fundamentais Sociais e a Escassez de Recursos Públicos: a Teoria da Reserva do Possível

O poder público, com o objetivo de justificar a não efetivação de direitos fundamentais sociais, tem sempre invocado a teoria da reserva

do possível⁵, e afirma não existir recursos financeiros suficientes para concretizar tais direitos, face ao alto custo dos direitos sociais.

No Brasil, essa teoria ganhou novo contorno e uma interpretação bem distinta daquela do contexto do seu surgimento. Para Scaff (2005), a interpretação brasileira da teoria da reserva do possível vem se fundamentando na afirmação de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. Dessa forma, em inúmeras situações quando o cidadão exige a efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal afirma não ser possível face às limitações de ordem econômica.

No entendimento de Siqueira (2010) essa teoria foi concebida com o objetivo de legitimar a ausência do Estado na concretização de direitos assegurados constitucionalmente.

Diante dessa controvérsia entre a necessidade do Estado garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento: seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto, face ao alto custo para concretização dos direitos sociais? Seria possível ao Estado negar a concretização de direitos tão básicos, essenciais ao ser humano sob alegação de inexistência de recursos? Não seria o problema gerado pela má alocação desses mesmos recursos?

Olsen (2008, p. 216) explica como se pode compreender essa limitação determinada pela reserva do possível, *ipsis litteris*:

Um elemento externo à norma de direito fundamental; no caso dos direitos fundamentais sociais, isso significa que o princípio

⁵A teoria da reserva do possível, também denominada de reserva do financiamento possível, é de origem alemã e foi mencionada pela primeira vez em julgamento do Tribunal Constitucional alemão em 1960. Nessa decisão histórica analisava-se uma demanda proposta por estudantes que não tinham sido contemplados com uma vaga em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude da política de limitação do número de vagas em cursos superiores. Ao decidir a questão o tribunal entendeu que o direito à prestação positiva por parte do Estado – nesse caso específico, o aumento do número de vagas nas universidades – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra.

determinaria posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis.

No entendimento da supramencionada autora, na atuação restritiva, a reserva do possível deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, sempre atendendo à proporcionalidade, não se podendo diferenciar quais os tratamentos médicos que se encontram acobertados pelo direito à saúde de forma abstrata, sem antes ponderar as circunstâncias do caso concreto.

Assim, como resta evidente, a discussão entre a garantia de um mínimo existencial face à reserva do possível está ligada à realização da dignidade humana e às restrições orçamentárias do poder público, questiona-se: caberia ao Poder Judiciário, quando pleiteada a tutela jurisdicional, determinar a concretização do direito?

No entendimento de Olsen, o Judiciário tem dois instrumentos para tal ponderação: o postulado da proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência e o mínimo existencial. No primeiro caso, a proporcionalidade pode ser medida tanto em relação às condutas praticadas pelos poderes públicos que tornaram “impossível” a realização do direito fundamental em questão, quanto em relação à exigência do titular do direito frente ao Estado. Já o mínimo existencial, segundo a autora, embora de conteúdo indefinido e variável, em respeito aos padrões de valores vigentes na sociedade, pode ser considerado um parâmetro para a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana com dignidade estiver em risco. Assim, conclui a autora, a escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Estado brasileiro, mas como um elemento a ser utilizado na ponderação dos institutos.

No entendimento de Barcellos (2008, p. 240):

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar

que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Quando se analisa decisões do poder judiciário que tratam desse tema, é possível encontrar decisões nas quais os magistrados se posicionam pela efetivação⁶ dos direitos básicos como instrumento para concretização da dignidade humana, impondo ao ente público a obrigação de efetivar os direitos sociais, independentemente de alegação

⁶ Como se tem visto até aqui, alguns doutrinadores defendem a garantia de direitos básicos capazes de assegurar essa existência digna enquanto outros entendem que não caberia ao Estado agir de forma individualizada, analisando caso a caso. Essa divergência também é vista na jurisprudência, ora com decisões favoráveis à garantia desses direitos, ora com decisões contrárias ao tratamento individualizado, devendo-se adotar uma postura unificada, através da execução de políticas públicas que sejam capazes de atender um maior número de pessoas. A decisão que segue foi favorável à concretização do direito: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se

de escassez de recursos. Mas também se vê decisões em sentido contrário, onde a resposta do magistrado aponta a teoria da reserva do possível como limite à concretização dos direitos fundamentais. Mas também se vê decisões em sentido contrário⁷, onde a resposta do magistrado aponta a teoria da reserva do possível como limite à concretização dos direitos fundamentais.

A Concretização dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário: Uma Crítica ao Ativismo Judicial

Nos últimos anos tem-se percebido uma crescente atuação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais. Esse ativismo judicial, no tocante aos direitos sociais, decorre, dentre outros fatores, da afirmação da normatividade constitucional e da crise de representatividade dos poderes legislativo e executivo.

tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. “A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido.

⁷ Ainda no que diz respeito à divergência doutrinária sobre a efetivação judicial dos direitos sociais, a decisão que segue apresenta argumentos favoráveis à implementação de políticas públicas “A dignidade da pessoa humana, princípio que inspira todo o texto constitucional, exige ações estatais implementando e garantindo o denominado mínimo existencial. - A essa responsabilidade política estatal correspondem políticas públicas concretizadoras. A ausência dessa atuação caracteriza a inconstitucionalidade por uma omissão. Ou seja, deixar de concretizar políticas públicas estabelecidas na Constituição, sob a forma de normas programáticas, é atentar contra a Constituição. [...] O Poder Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito. Isso a Constituição já fez. O papel do Poder Judiciário está em exigir que sejam implementadas as políticas sociais já delineadas. - Mas a ingerência jurisdicional no tema políticas públicas não pode ser ilimitada ou mesmo indefinida. É preciso um parâmetro norteador. - Esse vetor é a reserva do possível” (Apelação Cível nº 200172010028273/SC, julgada em 22/05/06 pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relatora a Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. DJ 02/08/06, p. 378).

Barroso (2012) esclarece:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Também nessa esteira é o entendimento de Dantas (2008), para quem é dever do Judiciário a defesa do Estado Democrático de Direito e, se necessário, deve adotar uma postura ativista:

O Poder Judiciário brasileiro tem o dever institucional de defender o Estado Democrático de Direito e garantir a efetivação de todos os direitos fundamentais, sem exceção [...] ainda que, para isso tenha de assumir uma postura de ativismo judicial que tradicionalmente não faz parte de sua atuação institucional (DANTAS, 2008, p. 170).

Sobre essa questão, Souza Neto (2008) defende que o ativismo judicial é benéfico, mas deve-se tomar cuidado com o excesso, *verbis*:

A judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. O Judiciário brasileiro tem impedido que o destino de outros textos constitucionais brasileiros, condenados a exercer uma função meramente simbólica, se repetisse com a Constituição de 1988. No entanto, alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo, muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve. A racionalização da atividade judiciária é exigida para que o Judiciário continue atuando no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária (SOUZA NETO, 2008, p. 546).

Em relação a esse ativismo judicial algumas críticas são feitas de forma acentuada pela doutrina.

Uma primeira crítica apontada correlaciona-se ao fato dos membros do poder judiciário não serem eleitos pelo voto popular, tal como acontece com os representantes do legislativo e executivo, o que tornaria essa concretização judiciária dos direitos sociais antidemocrática. Segundo Souza Neto (2008) essa crítica não procede, pois o judiciário tem legitimidade que foi conferida pelo legislador constituinte, no exercício de representação da maioria. Então não seria uma legitimidade da maioria momentânea, mas da maioria de momento muito importante para o Estado brasileiro, momento de elaboração da Constituição de 1988.

Além disso, a atuação do judiciário ao determinar a efetivação dos direitos sociais representaria uma invasão na esfera de competência atribuída constitucionalmente ao legislativo e executivo, pois elaborar e executar políticas públicas não é função jurisdicional. O mencionado autor defende que na hipótese do executivo e legislativo não o fazerem, cabe sim ao judiciário fazer, até porque num sistema de freios e contrapesos essa atuação não significaria intervenção de um dos poderes na atuação dos outros. Afiança o precitado autor que para concretizar a dignidade humana, o judiciário deve sim atuar no sentido de sanar as omissões praticadas tanto pelo legislativo quanto pelo executivo.

Uma terceira crítica associada ao assunto afirma que a atuação do judiciário na execução de políticas públicas acaba por gerar lesão ao princípio da igualdade, pois apenas seriam atendidas aquelas pessoas que obtiveram êxito em suas ações judiciais e foram contempladas com o direito pleiteado em detrimento de inúmeras outras pessoas que não tiveram acesso à justiça, principalmente por carência de recursos para a demanda judicial. Souza Neto defende que nessa hipótese o melhor remédio seria ampliar o acesso à justiça, pois dessa forma, não somente a classe média seria contemplada com a efetivação dos seus direitos, mas também os mais pobres.

Considerações Finais

O atual texto constitucional brasileiro garantiu um rol de direitos básicos, indispensáveis para que o cidadão possa manter uma condição digna de vida. Para tanto, cabe aos poderes constituídos viabilizar a concretização desse ideal de dignidade humana.

Nesse sentido, é dever do ente estatal atuar de forma positiva, a fim de implementar políticas públicas que permitam ao cidadão a garantia de recursos necessários para lhe proporcionar uma existência com padrão de dignidade, nos ditames do texto constitucional.

Entretanto, tem-se percebido que, infelizmente, o poder público não tem cumprido com esse mandamento constitucional, o que tem ensejado a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, por meio de provocação do jurisdicionado, para viabilizar a concretização desses direitos.

Apesar da alegação do administrador de escassez de recursos públicos, o entendimento que vem se consolidando é no sentido de não deixar a concretização dos direitos fundamentais sociais em segundo plano. Dessa forma, cabe ao poder público assegurar tais direitos, mediante a implementação de políticas públicas, com a finalidade de resguardar e efetivar o fundamento maior do Estado brasileiro. E se o ente estatal não o faz e o cidadão procura a via judicial, vem se firmando o entendimento que cabe sim ao judiciário atuar a fim de resguardar a dignidade da pessoa, concedendo-lhe a tutela pleiteada. Agindo dessa forma, não estaria o judiciário interferindo na atuação dos demais poderes do Estado, mas tão somente zelando pelo cumprimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. amp. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. Direito fundamental à moradia na Constituição Federal de 1988: panorama atual e perspectivas de efetivação. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de (Org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. p. 148-172.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 7, n. 9, dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais – efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, n. 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano 28, v. 76, n. 3, jul./set. 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Processo constitucional: democracia e direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 405-422.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 515-551.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Recebido em: abril e junho de 2012.

Aprovado em: outubro de 2012.